IV.

Ueber die Verpfändung von jura in re, insbesondere des Pfandrechts.

Ein Nachtrag zur früheren Abhandlung über diesen Gegenstand.

Von
Herrn Dr. Carl Theodor Hepp, Privatdocenten in Heidelberg.

Diese nachträglichen Bemerkungen zu meiner, in diesem Archive Bd. 13. H. 3. Nr. 18. abgedruckten Abhandlung über Verpfändung von jura in re, insbesondere des Pfandrechts, beschränken sich auf einige Zusätze und Berichtigungen, die ihrem Hauptinhalte nach aus einer Kritik der kürzlich erschienenen zweiten Auflage des Gesterding'schen Pfandrechts [1], welche ich gegenwärtig unter Händen habe, entnommen sind.

Gesterding hat nämlich im §. 7. der zweiten Auflage seine bisherigen Ansichten über die Verpfändung unkörperlicher Sachen großentheils geändert. Er geht jetzt mit Gajus und Marcian in L. 9. D. de pignorib. (20. 1.) und L. 1. §. 2. D. quae res pign. (20. 3.) von dem Grundsatz aus, daß alle Sachen Gegenstände des Pfandrechts seyen, die man kaufen und verkaufen könne [2], und folgert daraus, was er in

---

1) Gesterding, die Lehre vom Pfandrecht, nach Grundsätzen des Römischen Rechts. Zweite, verbesserte und vermehrte Auflage. Greifswalde 1831. Eine ausführliche Kritik dieser, mit neuen Ansichten reich ausgestatteten Auflage habe ich mir für die Allg. Litt. Zeitung vorbehalten. Daher beschränke ich mich hier auf Gesterding's neue Ansichten über die Verpfändung von jura in re.

2) Das anscheinend entgegenstehende Fragment des Modestinus L. 24. D. de pignor. (20. 1.): in quorum finibus emere *quis*

der ersten Auflage läugnete, daß auch die *jura emphyteuseos* und *superficiei* zu den Objecten des Pfandrechts zu zählen seyen. Diese Schlußfolgerung ist um so unbedenklicher zuzugestehen, da ja Pomponius in L. 11. §. 2. D. de pignor. (20. 1.) gerade aus diesem Grunde die Verpfändung eines *ususfructus* für zulässig erklärt:

Nam et cum *emtorem* ususfructus tuetur Praetor, cur non et *creditorem* tuebitur?

Es folgt dies aber auch schon daraus, daß man rechtsgültig seine gesammten Vermögensrechte (quae habeo habiturusque sum) verpfänden kann, wie bereits im Archiv l. c. Seite 344 bemerkt wurde, und daß hievon die Römischen Juristen kein einzelnes Vermögensrecht eximiren. Insofern läßt sich also auch die specielle Verpfändung der jura emphyteuseos und superficiei nicht bezweifeln, da ja, wie Gajus sich in L. 15. §. 1. D. de pign. (20. 1.) ausdrückt, die Verpfändung des gesammten Vermögens so anzusehen ist, atque si hae res *specialiter* fuissent obligatae.

Dagegen tadelt Gesterding die Römischen Juristen, daß sie hier nicht von der Verpfändung des *jus in re*, sondern von der Verpfändung der körperlichen Sachen, welche den Gegenstand der Emphyteusis und Superficies ausmachten, sprächen.

In der ersten Auflage seines Pfandrechts nahm Gesterding so wenig Anstoß daran, daß er geradezu umgekehrt behauptete: es käme in den Gesetzen keine Spur von einer Verpfändung der Superficies und Emphyteusis vor, indem diese nichts weiter enthielten, als daß die körperlichen Sachen, welche den Gegenstand dieser Rechte ausmachten, also das fremde Grundstück, woran Jemanden das jus emphyteuseos zustehe, das Gebäude, was auf fremdem

---

prohibetur, pignus accipere non prohibetur, bezieht sich nur auf die Unfähigkeit gewisser Personen Eigenthum zu erwerben, wodurch aber ihre Fähigkeit ein Pfandrecht zu erwerben nicht ausgeschlossen wird. Vergl. Glück Commentar Th. 19. S. 204.

Boden stehe, vom Emphyteuta und resp. Superficiar verpfändet werden könnten. Diese Fälle gehörten daher nicht sowohl hieher (in die Lehre von den Gegenständen des Pfandrechts), als zu der Antwort auf die Frage: wer ein Pfandrecht constituiren könne?

Allein diese Argumentation ist eben so unbegründet, wie Gesterdings gegenwärtiger Tadel. Denn nach dem Grundsatz, daß Niemand mehr Rechte auf einen Andern übertragen kann, als ihm selber zustehen, würde der Innehaber einer Emphyteusis und Superficies nur sein *jus in re*, nicht aber die körperliche Sache, woran es ihm zusteht, verpfänden können. Allein darum sind doch die Römischen Juristen nicht zu tadeln, daß sie sich anders ausdrücken. Denn wenn es gleich in L. 16. §. 2. D. de pign. actione (13. 7.) heißt:

> Etiam *vectigale praedium* pignori dari placuit, sed et *superficiarium* (praedium), quia hodie utiles actiones superficiariis dantur.

und in L. 15. D. qui potior. (20. 4.):

> Etiam *superficies in alieno solo posita* (i. e. res superficiaria) pignori dari potest, ita tamen ut prior causa sit domini soli, si non solverit ei pensarium.

so war es doch nun einmal im gemeinen Leben der Römer so üblich, sich bei Verpfändungen des Rechts der Superficies und Emphyteusis so auszudrücken, daß auch die Römischen Juristen, die ja eben die Fälle des gemeinen Lebens zu beurtheilen hatten, keinen Anstoß daran nehmen konnten, von der Verpfändung eines *vectigale praedium* oder *superficiarium* zu reden, worunter sie indeß begreiflicher Weise nur die Verpfändung des *jus in re* am fremden Grundstück verstehen konnten. So heißt es auch in der, von Gesterding selbst allegirten L. 71. §. 6. D. de legat. (1.):

> Sed etsi non municipibus, sed alii *fundum vectigalem* legaverit, non videri proprietatem ei legatam, sed *id jus quod in vectigalibus fundis habemus.*

Auf gleiche Weise spricht **Papinian** in der schon oben angeführten L. 11. §. 2. D. de pign. (20. 1.) vom emtor *ususfructus,* da doch der ususfructus, das Recht selbst, als jus personalissimum, nicht verkauft werden kann; und so heißt es auch in L. 1. Cod. si pign. pign. (8. 24.): etiam *id, quod pignori obligatum est,* a creditore pignori obstringi posse placuit, und in L. 13. §. 2. D. de pign. (20. 1.): cum pignori *rem pignoratam* accipi posse placuerit, da doch der Pfandgläubiger nur das Pfandrecht, nicht aber die Sache selbst, weiter verpfänden kann. Daß man nun im gemeinen Leben der Römer ein praedium vectigale oder superficiarium verpfändete oder legirte, den ususfructus verkaufte, die verpfändete Sache weiter verpfändete u. s. w., wird Niemanden auffallen, indem dies ja auch bei uns toto die vorkommt. Aber eben so wenig sind die Römischen Juristen zu tadeln, daß sie dieser gemeinen Terminologie folgten, indem sie ja überall erklären, was nach Rechtsbegriffen darunter zu verstehen sey. Auf ähnliche Weise erklären sie, was Eigenthum im juristischen Wortverstande sey, und konnten daher, ohne Furcht mißverstanden zu werden, auch von einem Eigenthum im weiteren Sinne des Wort reden. Dazu zählten sie nach gemeinem Sprachgebrauch den ususfructus (L. 8. pr. de reb. auct. judic.: Appellatione domini fructuarius quoque continetur), und die Emphyteuse (L. 2. 4. 12. 14. C. de pend. patrim. 11. 61.), und reden daher auch von einem dominio ususfructus (L. 3. D. si ususfructus pet. 7. 6.), auf ähnliche Weise wie man auch unter uns häufig vom Eigenthum einer Zehntgerechtigkeit, eines Nießbrauchsrechts u. s. w. reden hört [3]. Ja **Feuerbach** [4]) erklärt den Begriff des römischen dominii in seiner Beschränkung auf körperliche Sachen, für unnatürlich und in legislativer Hinsicht untauglich; worin ihm auch v. **Zeiller** [5])

---

3) **Thibaut** Versuche Th. 2. S. 86, 87. **Buchholz** Beiträge S. 103. 104. Anm.

4) Themis Nr. 3.

5) Das nat. Privatrecht §. 77. Anm.

beistimmt. Allein, wendet man Feuerbach's Begriff des Eigenthums consequent an, so müßte man am Ende alle Vermögensrechte zum Eigenthum zählen. Statt also den Begriff des Eigenthums auf diese Weise gegen den Sprachgebrauch zu erweitern, brauchte man nur (und darauf ist es gerade abgesehen) den Begriff des Diebstahls nicht auf bloße Verletzungen des Eigenthums zu beschränken, sondern müßte darunter auch die Verletzungen des ausschließlichen Rechts auf die Zueignung gewisser Sachen (des Wildes, der Fische, der Früchte u. s. w.) ziehen, um auf diese Weise zu einem Begriffe des Diebstahls zu gelangen, wie er dem gemeinen Sprachgebrauch und der Natur der Sache entspricht. Allein so gewiß es gemeinrechtlich z. B. keinen Wilddiebstahl gibt, so hört man doch unsere Juristen häufig davon reden, und darin wird doch Niemand etwas Tadelnswürdiges finden.

Ein zweiter Vorwurf soll die Römischen Juristen treffen, daß sie das Anomale der zum Zweck der Verpfändung constituirten Prädialservituten, so wie des usus fructus pignoris causa *constituendi* nicht erkannt hätten. Sie setzen nämlich die Anomalie des ersten Falles darin, daß hier von dem Grundsatz: servitus ad tempus constitui non potest, abgewichen werde. Gesterding dagegen glaubt etwas entdeckt zu haben, wodurch die Anomalie beider Fälle zugleich erklärt werde. Hier werde nämlich nicht ein schon vorhandenes Recht verpfändet, sondern durch die Verpfändung erst das Recht, was Sicherheit gewähren solle, geschaffen. Allein richtiger sagt man, daß das Anomale beider Fälle in der Verpfändung einer unkörperlichen Sache bestehe, und daß der Constituirung einer Prädialservitut zum Zweck der Verpfändung jenes Princip geradezu entgegenstand, wobei jedoch die utilitas contrahentium siegte. Denn man kann keineswegs mit Gesterding sagen, daß durch die Verpfändung das Recht erst geschaffen werde. Vielmehr muß die Constituirung des usus-fructus und der Prädialservitut nothwendig der Verpfändung vorausgehen, weil ein Pfandrecht ohne Gegenstand nicht

denkbar ist, und vorher ja kein Nutznießungsrecht und keine Prädialservitut existirten. Sind nun beide zum Zweck der Verpfändung constituirt — und darin liegt doch wohl keine Anomalie, so dürfte auch keine Anomalie darin liegen, wenn der Besteller sie alsdann zu dem Zweck verwendet, zu welchem sie constituirt wurden, d. h. sie zu Pfandobjecten macht. Mag auch in der Pfandformel beides, die Constituirung der Servitut und deren Verpfändnng, scheinbar in denselben Moment fallen, so müssen sie doch der Zeit nach als getrennt gedacht werden, und damit fällt denn abermals jene angebliche Anomalie weg. Die Römischen Juristen möchten daher wohl das Anomale richtiger aufgefaßt haben, als Gesterding meint.

Bei Verpfändungen des usus fructus kann natürlich der usus fructus, das Recht selbst, als ein jus personalissimum nicht veräußert werden, mithin die Veräußerung nur in dem Verkaufe oder in der Verpachtung der Ausübung des usus fructus bestehen, und diese muß denn nach dem Grundsatz: resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis, mit dem Tode des Nutznießers ihr Ende nehmen. Dieß sagt auch Bachow, den Gesterding hier gern ad absurdum führen möchte, in den Worten: quamdiu durat jus in persona debitoris. Denn was heißt dies anders, als daß die Verpachtung oder resp. der Verkauf der Ausübung des usus fructus mit dem Tode des Nutznießers ihr Ende nehme? Gesterding läßt dagegen Bachow sagen: der Nießbrauch könne in der Art verpfändet werden, daß der Käufer denselben ausübe, so lange das Pfandrecht des Gläubigers dauere. Dies wäre allerdings ein absurdum, weil alle Pfandrechte, folglich auch das Pfandrecht am usus fructus, durch die Veräußerung des Pfandgläubigers erlöschen. Allein Bachow sagt dies keineswegs aus. Dagegen trifft Gesterding der Vorwurf der Inconsequenz, wenn er läugnet, daß bei Verpfändungen eines *nomen* der Pfandinnehaber dasselbe veräußern dürfe, und zwar aus keinem andern Grunde, als weil die Gesetze ihm diese Befugniß

nicht ausdrücklich einräumten, und weil die Verpfändung eines nomen nicht ipso jure, sondern nur per tuitionem Praetoris aufrecht erhalten werde, folglich etwas Unregelmäßiges an sich habe. Allein eben diese Anomalie findet sich ja auch beim usus fructus pignori datus, indem dieser gleichfalls nur tuitione Praetoris aufrecht erhalten wird. Und doch räumt hier Gesterding, ohne daß es die Gesetze namentlich gestatten, dem Gläubiger das jus distrahendi ein! Dieses geben die Gesetze auch dem Pfandinnehaber einer Prädialservitut, und zwar propter utilitatem contrahentium (L. 12. D. de pign. 20. 1.). Deshalb, und weil die Verpfändung eines nomen und eines usus fructus auf derselben utilitas contrahentium beruht, und das Veräußerungsrecht zum Wesen des Pfandrechts gehört, dürfte man wohl richtiger auch dem Pfandinnehaber des nomen das jus distrahendi bewilligen, ohne daß das Schweigen der Gesetze dabei in Betracht kommen kann. Denn es versteht sich dasselbe, wie bei allen Pfandrechten, schon von selbst. Den schlagendsten Beweis hiefür gibt die Veräußerungsbefugniß des Afterpfandgläubigers. Denn diesem ist ja auch (wovon gleich die Rede seyn wird) ein *nomen* verpfändet, und daran haben die Gesetze ausdrücklich das jus distrahendi geknüpft. Man könnte freilich einwenden, der Innehaber eines verpfändeten nomen sey ja hinreichend durch das *jus exigendi* gedeckt, wie denn auch wirklich Gesterding sagt, daß das jus exigendi die Stelle des jus distrahendi vertrete, und insofern gar nicht nothwendig sey. Allein theils könnte man ja mit eben dem Recht auch vom Pfandinnehaber des usus fructus sagen, er sey durch das jus utendi fruendi hinlänglich gedeckt, und bedürfe insofern keines jus distrahendi (was doch Gesterding selbst nicht zugibt); theils und insbesondere läßt sich gar nicht einmal behaupten, daß das Einklagen des nomen die Stelle des jus distrahendi so vollständig vertrete, daß letzteres dadurch ganz überflüssig gemacht werde. Denn man setze z. B. nur, daß zur Zeit der Geltendmachung der Forderung der debitor cessus entweder nicht

bei Vermögen aber doch zu hoffen ist, daß er sich wieder erholen werde, oder daß die Schuldforderung zur Zeit, wo der Pfandinnehaber sie geltend machen will, noch nicht fällig ist. In diesen und ähnlichen Fällen kann man doch nicht behaupten, daß das jus exigendi die Stelle des jus distrahendi vertrete. Vielmehr liegt es hier im Interesse des Pfandinnehabers, das nomen zu verkaufen, um sofort zu seiner Befriedigung zu gelangen.

Eine andere eigenthümliche Ansicht hat Gesterding S. 77 ff. über die Verpfändung des Pfandrechts, ist aber hier billig genug, sich darüber zu verwundern (Anm. 30.), daß die Gesetze „auch nicht einmal nebenher von seiner Theorie sprächen," und sich dieselbe auch nur aus einer einzigen Gesetzstelle, nämlich aus Marcian's L. 13. §. 2. D. de pign. (20. 1.) durch Schlußfolgerungen herausbringen lasse. Diese Ansicht geht dahin, daß dem Afterpfandgläubiger mit dem Pfandrecht zugleich auch die Forderung (das nomen), zu deren Bedeckung es diene, verpfändet sey. Daraus folgert denn Gesterding weiter, daß dem Afterpfandgläubiger auch das *jus exigendi* gegen den Schuldner des Afterverpfänders zustehe; und daß, wenn gleich das Afterpfandrecht durch die Zahlung des Schuldners an den Afterverpfänder erlösche, der Schuldner vom Augenblick, wo ihm die Verpfändung des Pfandrechts bekannt geworden, dem Afterverpfänder (nach den Grundsätzen vom verpfändeten nomen) nicht weiter Zahlung leisten dürfe, wenigstens nur auf seine Gefahr.

Allein diese Ansicht beruht auf einem offenbaren Mißverstehen der L. 13. §. 2. D. cit., indem Marcian, oder vielmehr Pomponius, auf welchen sich derselbe beruft, mit keiner Sylbe davon spricht, daß dem Afterpfandgläubiger zugleich mit dem Pfandrecht auch die persönliche Forderung des Afterverpfänders verpfändet sey. Eben so offen gestehe ich aber auch ein, daß die von mir im Archiv a. a. O. gegebene Erklärung dieses Fragments auf einem Irrthum beruhe, wiewohl die Resultate dadurch unverändert bleiben. Mar-

cian wirft nämlich die Frage auf, welche Wirkung die Afterverpfändung habe, und billigt die Ansicht des Pomponius L. 7. ad Edictum, welcher sage:

> Si quidem pecuniam debet is, cujus *nomen* pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Dies ist so zu verstehen: wer ein Pfandrecht zu Afterpfand gibt, verpfändet damit ein nomen, d. h. eine Forderung, aber nicht, wie Gesterding meint, die Hauptforderung, für welche ihm das Pfandrecht constituirt wurde, sondern die Forderung, welche er verpfändet, ist diejenige, welche ihm aus der Constituirung des Pfandes (ex contractu pigneratitio oder ex pacto hypothecae) gegen den Pfandbesteller zusteht, und welche von beiden Seiten durch die actio pigneratitia, und gegen den Pfandschuldner durch die actio hypothecaria geltend gemacht werden kann. Nun sagt Pomponius, und mit ihm Marcian: ist der Schuldner, dessen Pfand zu Afterpfand bestellt wurde, seinem Gläubiger Geld schuldig, und zahlt es ihm: so erlischt damit das Afterpfand, und der Afterpfandgläubiger hat keine actio utilis auf Herausgabe des Geldes. Ist dagegen der Schuldner, dessen Pfand zu Afterpfand gegeben wurde, seinem Gläubiger eine Sache im eigentlichen Wortverstande (ein corpus) schuldig, und tradirt ihm dieselbe: so ist diese Sache jetzt als das Object des Afterpfandes anzusehen, und kann daher vom Afterpfandgläubiger (utiliter) in Anspruch genommen werden.

Es ergibt sich hieraus, daß Pomponius die Verpfändung eines Pfandrechts nach denselben Grundsätzen beurtheilt, die im Allgemeinen von der Verpfändung eines nomen gelten. L. 18. pr. de pign. act. (13. 7). Und dies ist auch ganz natürlich. Denn durch den Pfandvertrag erwirbt der Pfandgläubiger ein nomen (ein persönliches Recht) gegen seinen Schuldner, welches beim contractus pigneratitius in dem jus possidendi et distrahendi, beim pactum hypothecae in dem

Recht, sich in den Besitz des Pfandobjects zu setzen und dasselbe zu veräußern besteht. Allein man muß sich hüten, dieses verpfändete nomen (das Pfandrecht im Verhältniß zum Schuldner) mit dem nomen (der Hauptforderung), für welches das Pfand bestellt wurde, zu verwechseln. Weder Pomponius, noch Marcian sagen, daß die Verpfändung des Pfandrechts zugleich die der Hauptforderung in sich schließe, noch läßt sich dies durch Schlußfolgerungeu herausbringen, weil das Accessorische nicht das Principale nach sich zieht. Mein Irrthum bestand also nur darin, daß ich glaubte, Marcian berufe sich zur Entscheidung der Frage, welche Wirkung die Verpfändung eines Pfandrechts habe, auf eine Stelle des Pomponius, die nicht davon, sondern von der Verpfändung eines nomen im eigentlichen Wortverstande, d. h. einer Forderung, gerichtet auf Geld oder Uebertragung von Sachen zu Eigenthum (L. 18. pr. D. cit.) rede; und daß Marcian damit andeuten wolle, beide, wenn gleich in sich verschiedenen Fälle, seyen nach demselben Grundsatz zu beurtheilen. Dies sind sie allerdings auch, und die Verpfändung eines nomen im eigentlichen Wortverstande unterscheidet sich auch darin von der Verpfändung eines Pfandrechts, daß jene ein rein persönliches, diese ein zugleich persönliches und dingliches Recht zu seinem Gegenstande hat. Aber nomina sind beide, und insofern müssen sie nach demselben Princip beurtheilt werden. Dies hebt alle Schwierigkeit in Marcian's Fragment, stellt aber zugleich auch Gesterding's Ansicht als ganz unbegründet dar.

Statt also, wie so ziemlich allgemein geschieht, und wodurch hauptsächlich auch mein Irrthum veranlaßt wurde, von der Afterverpfändung bei Gelegenheit der Verpfändungen der *jura in re* zu reden, sollte man sie vielmehr im Sinne des Römischen Rechts zu den Verpfändungen der nomina zählen. Insofern kann ich auch die von mir im Archiv l. c. gewählte Ueberschrift: über die Verpfändung von jura in re, insbesondere des Pfandrechts, nicht billigen.